

القسمة الاتفاقية وطبيعة أثرها

دراسة مقارنة

د. خليل أحمد قدامة

تمهيد :

١ - التعريف بقسمة المال الشائع :

ترد القسمة على المال الشائع المملوك لأكثر من شخص على وجه الشيوخ، وذلك لتحديد نصيب كل شريك فيه تحديداً مادياً، بعد أن كان محدداً معنوياً بقدر نصيبه الشرعي الثلث أو الربع أو النصف... الخ^١.

وفي الأصل، لا يجوز إجبار الشركاء على البقاء والاستمرار في الشيوخ إلى ما لا نهاية، ما لم يكن الشريك مجبراً على البقاء بنص قانوني أو اتفاق، وبهذا تنص المادة ٨٣٤ من القانون المدني المصري على ما يأتي " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق... الخ"^٢.

* أستاذ القانون المدني المشارك - كلية الحقوق بجامعة الأزهر - غزة.

^١ ومصدر الشيوخ في المال، قد تكون الوفاة (الميراث) والشفعة والتقدم والوصية وقد يكون الاتفاق (العقد)، عندما يتفق أكثر من شخص على تملك المال ملكية شائعة في حدود نصيب كل شريك يتفق عليه. وإن كانت الصورة الغالبة للشيوخ هي التي ترجع أساسها إلى الوفاة (الميراث) - أنظر خليل قدامة الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول حق الملكية، طبعة أولى ١٩٩٧م - ١٤١٨هـ - فقرة ٩٠ ص ٢١٠ - وبهذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري "ومصدر الشيوخ قد يكون العقد وقد يكون الوصية كما إذا أوصى شخص لأثنين بمال على الشيوخ، وقد يكون في أي سبب آخر من أسباب الملكية انتشاراً هو الميراث "مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السادس ص ٧٩".

^٢ لا مقابل لها في القانون المدني الأردني، كما لا مقابل لها في مجلة الأحكام العدلية (وهي القانون المطبق أمام القضاء الفلسطيني فيما تناولته من مواضع، وهي مأخوذة عن الفقه الحنفي).

ويكون الشريك ملزماً بنص القانون بالبقاء في الشيوع في حالة الشيوع الإجباري كما هو الحال في ملكية الطبقات والشقق حيث لا تجوز قسمة الأجزاء المشتركة في هذا النوع من الملكية، وذلك بسبب ارتباط استعمال الأجزاء المفروزة بهذه الأجزاء المشتركة، حيث لا يمكن تصور استعمال الأجزاء المفروزة دونها، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ من القانون المدني المصري والتي نصت على ما يأتي: "وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة" ويقابلها الملة ١٠٦٧ من القانون المدني الأردني والتي تقرر بأن "الأجزاء المشتركة من المبنى والمنصوص عليها في المادة السابقة لا تقبل القسمة" لا مقابل لها في المجلة العدلية، بينما يقابلها المادة الخامسة من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ الفلسطيني والصادر بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات".^٣

كما يلتزم الشركاء بعدم قسمة المال الشائع في الحالة التي يتفق فيها الشركاء على إبقاء الشيوع مدة معينة لأسباب معينة؛ لكن لا يجوز أن تزيد المدة على استمرار الشيوع أكثر من خمس سنوات. وبهذا تقول العبارة الثانية من المادة ٨٣٤ مدني مصري "ويجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين"

^٣ حيث تقول "الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة، ولا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزاً، والتصرف في الجزء المفروز بأي شكل يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة.

^٤ فقد يكون أحد الشركاء ناقص الأهلية، فيتفق الشركاء على البقاء في الشيوع حتى يكمل ناقص الأهلية أهليته، وقد يكون بين الشركاء من هو غائب، فيتفق على الشيوع حتى يعود، وقد يكون الشركاء قد دخلوا في مشروع لاستغلال المال الشائع الأمر الذي يجعلهم يتفقون على استمرار الشيوع حتى نهاية المشروع، ومع ذلك يلاحظ أنه قد يرى الاتفاق على بعض الأموال الشائعة دون الأخرى - أنظر في هذا المعنى السنهاوي، الوسيط الجزء الثامن حق الملكية فقرة ٥٣٧ ص ٨٨٤ وأنظر كذلك هامش رقم ٢ ص ٨٨٤ - وأنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ١١٨ ص ٢٧٢.

وعلى هذا إذا اتفق الشركاء على مدة أطول لاستمرار الشبوع من خمس سنوات، اعتبرت المدة خمس سنوات وفقاً لأحكام المادة ٨٣٤ مدني مصري ومع ذلك يجوز للشركاء الاتفاق على تجديد المدة خمس سنوات أخرى وهكذا.

وقد يرجع استمرار الشبوع إلى مدة تزيد على خمس سنوات إلى الاتفاق بين الشركاء وسلفهم، كأن يشترط الواهب بعدم قسمة المال من الموهوب له مدة خمس سنوات تحقيقاً لمصلحة مشروعة له أو للموهوب له. وهذا قياساً لما يجوز للواهب أو الموصى بأن يشترط عدم التصرف في المال (وفقاً لأحكام المادة ٨٢٣ من القانون المصري) والتي أجازت الشرط المانع من التصرف وفقاً لشروط معينة وفي نطاق معين رغم مخالفته مع مقتضيات العقد. وبهذا تقرر مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٨٩ بأن "البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقلين يصح والشرط لغواً فبيع الحيوان على أن لا يبيعه المشتري لآخر أو على أن يرسله إلى المراعي صحيح والشرط لغواً".^٦

^٥ وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي بأنه: "قد يتفق الشركاء في الشبوع المعتاد على البقاء فيه إلى أجل يجب ألا يزيد على خمس سنين فإن زاد أنقصت إلى المدة المنصوص عليها في هذه المادة" مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٠١ ويطابق ذلك المادة ١٠٧٠ مدني عراقي والتي تقرر بما يأتي: "إذا اتفق الشركاء على البقاء في الشبوع مدة أطول أو مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنين".

^٦ أنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ٢٤ ص ٥٩ - ويعتبر الشرط المانع من التصرف أنه جاء خلافاً للأصل وهي حرية المالك في التصرف بملكه ويرجع ذلك إلى سببين. الأول قانوني حيث يؤدي هذا الشرط إلى حرمان المالك من التصرف في ملكه، وبالتالي يفقد حق الملكية عنصراً من أهم عناصره وهو التصرف فيتحول حق الملكية إلى حق عيني غير الملكية أشبه بملكية الأموال الموقوفة - أنظر خليل قدامة الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني العقود المسماة الكتاب الأول عقد البيع طبعة أولى ١٩٩٧م - ١٤١٨هـ فقرة ٢١ ص ٦٧.

على ضوء ما سبق ذكره يكون لكل شريك الحق في طلب قسمة المال الشائع طالما الشيوخ قائماً.

٢- أنواع القسمة :

أولاً : في القانون المدني المصري :

تتنوع القسمة بصفة عامة إلى قسمة مؤقتة "Partage Provisoire" و قسمة نهائية "Partage Provisoire"، والقسمة المؤقتة هي قسمة منفعة لا قسمة ملك كقسمة المهايأة الزمانية والمكانية، وهي قسمة لا تبقى مدة طويلة، والقسمة النهائية هي قسمة ملك لا قسمة منفعة وهي دائمة لا تزول إلا إذا كانت معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط أو تكون معلقة على شرط واقف وتخلف الشرط حينئذ تزول القسمة بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن، وتسمى القسمة عندئذ القسمة غير الباتة "Paratage Provisoire" والفرق بين القسمة المؤقتة والقسمة غير الباتة يكمن في أن القسمة المؤقتة لا تدوم طويلاً حيث أنها تقوم لمدة معينة وتزول بانتهاء مدتها، ولكن دون أثر رجعي، بينما القسمة غير الباتة هي قسمة دائمة مستمرة، وإذا زالت فهي تزول بأثر رجعي على أثر تحقق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف وتعتبرها كأن لم تكن كما ذكرنا.

والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية "Paratage Total" وإما أن تكون قسمة جزئية "Paratage Partiel" وإما أن تكون قسمة عينية "Paratage en nature" أو قسمة تصفية وإما أن تكون قسمة اتفاقية "Paratage conventionnel amiable" أو قسمة قضائية "Paratage judiciaire".^٨

^٧ أنظر خليل قdade حق الملكية السابق فقرة ٨٤.

^٨ أنظر في هذا التقسيم للقسمة، السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن السابق فقرة ٥٣٨ ص ٨٨٨ و ٨٨٩ - توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٨٠ فقرة ١٢٨ ص ٢٤٨ - محمد =

والقسمة الكلية هي التي تشمل كل الأموال الشائعة. بين الشركاء، بحيث تنتهي إلى تحديد نصيب كل شريك من كل المال الشائع، والقسمة الجزئية هي التي لا تشمل كل الأموال الشائعة وإنما تشمل جزءاً من هذه الأموال بحيث تنتهي إلى تحديد نصيب كل شريك منها ويبقى الجزء الآخر من الأموال شائعاً على حالة بين الشركاء، وقد تقع القسمة الجزئية بإفراز نصيب أحد الشركاء دون الآخرين الذين يبقون في الشبوع^٩، وتعتبر بناءً على ذلك القسمة الكلية هي الأصل في القسمة النهائية لا القسمة الجزئية.

والقسمة العينية هي قسمة الأموال الشائعة عيناً حيث يتم فرز نصيب كل شريك في نفس الأموال الشائعة، وهذا هو الأصل في القسمة النهائية، ويقع ذلك إما بالإفراز أو بطريقة التجنيب أو بطريقة القرعة "Partage au sort" وقسمة التصفية تقع ببيع المال الشائع في المزاد وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة^{١٠}. وتتم القسمة في جميع أنواعها عن طريق الاتفاق، حينئذ تسمى قسمة اتفاقية وأما عن طريق القضاء فتسمى حينئذ قسمة قضائية.

٩ محمود عبد الله رسالة دكتوراه - قسمة المال الشائع - دراسة فقهية تحليلية مقارنة من القاهرة ١٩٦٧ (على الآلة الناسخة).

^٩ وقد تكون القسمة بتقسيم الأموال الشائعة إلى مجموعتين أو أكثر يختص بكل مجموعة فريق من الشركاء فتبقى المجموعة شائعة بين أفراد هذا الفريق، وهذا ما يسمى بقسمة الطبقات أو قسمة الفئات - أنظر في ذلك منصور منصور حق الملكية طبعة ١٩٦٥م فقرة ٧١.

^{١٠} أنظر السنهوري، الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٣٨ ص ٨٨٠.

ثانياً : في مجلة الأحكام العدلية :

بادئ ذي بدء نقول أن قانون الأراضي الفلسطيني لا يجيز القسمة في الأراضي الأميرية إلا بعد الحصول على إذن المأمور^{١١} بينما يجيز القسمة في أراضي الملك دون حاجة لذلك.

والأراضي الأميرية هي الأراضي التي تعود رقبته لبني المال ويعود التصرف بها إلى رئيس الحكومة حسبما يراه محققاً لمقتضيات المصلحة العامة^{١٢} بينما أراضي الملك هي الأراضي التي يكون لصاحبها التصرف فيها كيف شاء كما يتصرف بالمنقولات، ويجمع فيها المالك بين الرقبة والمنفعة وله كافة سلطات حق الملكية^{١٣}.

والقسمة وفقاً لأحكام المجلة العدلية نوعان، قسمة جمع و قسمة تفريق، قسمة الجمع هي التي تتم بتجميع حصص الشريك فيها في قطعة أرض واحدة وبهذا تقول المادة ١١١٥ من المجلة العدلية بأن "القسمة تكون على وجهين إما بإفراز الأعيان المشتركة أي الأشياء المتعددة المشتركة إلى أجزاء تجمع في كل جزء منها الحصص الشائعة من كل فرد من أفرادها، كقسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة عشر، ويقال لها قسمة الجمع..." أما قسمة التفريق فهي التي تتم بتقسيم قطعة أرض بين اثنين، وبهذا تقرر العبارة الثانية من المادة ١١١٥ من المجلة العدلية

^{١١} انظر مجموعة القوانين الفلسطينية الجزء السادس عشر، شرح قوانين الأراضي ، قانون الأراضي المعدل لعام ١٩٨١ ص ٤٠، وأنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ١١٩ ص ٢٥٧.

^{١٢} انظر مجموعة القوانين الفلسطينية الجزء السادس عشر السابق ص ٤٠ المادة الثالثة - وأنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ٣٩ ص ٩٨.

^{١٣} انظر مجموعة القوانين الفلسطينية الجزء السادس عشر السابق ص ٤٠ المادة الثانية - وأنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ٣٨ ص ٩٦ و ٩٧.

"وأما بتقسيم العين الواحدة وتعيين كل حصة شائعة بكل جزء من أجزائها في قسم منها كقسمة العرصة الواحدة بين إثنين، ويقال لها قسمة تفريق وقسمة فرد....".

ويضاف إلى النوعين السابقين للقسمة نوعان آخران، قسمة رضاء وهي التي تتم باتفاق كافة الشركاء في الملك الشائع، وقسمة قضاء وتتم بحكم القاضي، وتتم قسمة الرضاء سواء كان الملك قابلاً للقسمة أم لا. أما قسمة القضاء فلا تتم إلا إذا كان الملك قابلاً للقسمة. وقد نصت على قسمة الرضاء المادة ١١٢١ من المجلة العدلية حيث تقول "قسمة الرضاء القسمة التي تجري برضاء المتعاقدين أي أصحاب الملك المشترك إما بالتراضي بينهم أو برضاء الكل عن القاضي" ونصت المادة ١١٢٢ على قسمة القضاء بقولها "قسمة القضاء تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً أو حكماً بطلب المقسوم لهم وهم أصحاب الملك المشترك" ويقابلها المادة ١٠٣٨ من القانون المدني الأردني حيث تقول "القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي".

وبهذا تتفق المجلة العدلية مع أحكام القانون المدني المصري الحالي والقانون المدني الأردني. في أن جميع أنواع القسمة تنتهي إما إلى قسمة رضائية وإما إلى قسمة قضائية حيث تنص المادة ١١٢٠ من المجلة العدلية على ما يأتي "تقسيم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق إلى نوعين قسمة الرضاء وقسمة القضاء".

وبحثنا لن يتناول إلا القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية وذلك لأن هذه الأخيرة قسمة إجرائية أكثر من أن تكون قسمة موضوعية كالقسمة الاتفاقية التي تلعب الإرادة دوراً كبيراً فيها.

أهمية موضوع البحث :

يشكل موضوع قسمة الأموال الشائعة بصفة عامة في فلسطين موضوع الساعة، فالأراضي غالبيتها موروثية عن الأسلاف، وقد اختلفت مصالح وأهداف الورثة منذ تلقيهم الميراث حتى يومنا هذا، وذلك للتطور النوعي في شتى النواحي الاجتماعية

والاقتصادية والثقافية والعمرانية، الأمر الذي تطلع كل وارث أن يحصل على نصيبه الشرعي ليحقق ما يتطلع إليه سواء أكان ذلك في البناء بنصيبه، أو بيعه واستبداله بشي آخر يحقق من خلاله مصلحته ومصلحة أبنائه. هذا من جانب.

ومن جانب آخر، تحقق القسمة الاتفاقية التي تتم برضى الشركاء في المال الشائع بصفة خاصة، ما يصعب على القسمة القضائية تحقيقه من حيث :

أ. من المعروف أن القسمة القضائية تحتاج إلى وقت طويل وذلك لإجراءاتها المطولة والمعقدة في نفس الوقت، على عكس القسمة الاتفاقية التي يمكن أن تنتهي في وقت قصير الأمر الذي يؤدي إلى أن يحقق كل شريك من الشركاء مصلحته وما يتطلع إليه في وقت قصير دون حاجة للانتظار الطويل.

ب. كما أنه من المعروف أن القسمة الاتفاقية تقوم على أساس مبدأ حرية التراضي، الأمر الذي يحافظ ويدعم أواصر العلاقة بين الشركاء والذين غالباً ما يكونون أقارب تجمعهم صلة القرابة وبما تفرضه من وجوب المحافظة على عناصرها من التوادد والمحبة والتعاون، وهذا ما لا يتحقق في الغالب عند اللجوء إلى القسمة القضائية.

٤ - منهجية البحث :

لا شك أن الدراسة المقارنة بين عدة قوانين تحقق الأهداف التي نصبو إلى تحقيقها في تشريعاتنا الفلسطينية ضمن دولتنا الفلسطينية الوليدة من رحم المعاناة، والتي تتمثل في :

أولاً : إيجاد قانون فلسطيني الروح والشكل يحمل آمال الشعب الفلسطيني وتطلعاته إلى أرض الواقع والتحقيق بعد أن كانت مجرد أحلام.

ثانياً : أن مجلة الأحكام العدلية تحتاج الكثير من التعديل وسد النقص مع اعترافنا بأن المجلة قد تناولت القسمة الاتفاقية على نحو يقارع ما هو منصوص عليه في القانون المدني المصري.

والقوانين التي وضعناها موضوع مقارنتنا هذه، هي على التوالي، مجلة الأحكام العدلية باعتبارها القانون المطبق أمام القضاء الفلسطيني، القانون المدني الأردني على أساس أنه جمع بين مجلة الأحكام العدلية في كثير من أحكامه وأحكام القوانين المعاصرة، وأخيراً القانون المدني المصري باعتباره الأساس لكثير من قوانين الدول العربية في الوقت الحاضر.

٥ - تقسيم البحث :

سنقسم البحث إلى المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : إجراءات القسمة الاتفاقية.

المبحث الثاني : طبيعة أثر القسمة.

المبحث الثالث : القسمة والتسجيل.

المبحث الأول

إجراءات القسمة الاتفاقية

٦ - النصوص القانونية :

تنص المادة ٨٣٥ مدني مصري على ما يأتي :

"لشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتصموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"^{١٤}.

^{١٤} ويقابل هذه المادة في القانون المدني الأردني المادة ١٠٣٨ حيث جاءت على النحو التالي
"القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي".

وتنص المادة ١١٢٨ من المجلة العدلية على ما يأتي :

"يشترط في قسمة التراضي رضى كل من المتقاسمين...الخ".

من هاتين المادتين يتبين لنا أن القسمة الاتفاقية هي عبارة عن عقد من العقود، الأمر الذي يقضي بتوافر جميع الأركان الأساسية للعقد بصفة عامة، وهي التراضي وأن يكون صحيحاً وذلك بتوافر الأهلية لدى كل الأطراف، وبخلو إرادة كل طرف من الأطراف من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه، والتدليس (التغيير) والاستغلال - وكذلك المحل وهو المال المملوك على الشيوع وأن تتوافر فيه جميع شروط صحته^{١٥} ومن شروط محل القسمة (المال الشائع) وفقاً لأحكام المجلة العدلية أن يكون المقسوم عيناً (منقولاً كان أم عقاراً) حيث لا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض (المادة ١١٢٣) والتي تقضي بهذا الصدد أنه "يشترط أن يكون المقسوم عيناً فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض..الخ" ويقابل هذه المادة في القانون المدني الأردني المادة ١٠٣٩ حيث تقول "يجب أن يكون المقسوم عيناً قابلة للقسمة" ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري. وأن يكون المقسوم (المال الشائع) ملكاً للشركاء في المال الشائع وإذا ظهر مستحق للمقسوم بطلت القسمة وكذلك إذا استحق نصف المال أو ثلث المال للغير أو لمجموع حصة من الحصص (المادة ١١٢٥ من المجلة العدلية) حيث تقرر بأن "شرط المقسوم أن يكون ملك الشركاء حين القسمة فإذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة بطلت، وكذا إذا ظهر مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلثه بطلت القسمة أيضاً ويلزم أن تعاد كذلك إذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلت القسمة وعاد الباقي مشتركاً بين أصحاب الحصص، وأن ظهر مستحق لمقدار معين من حصة أو لجزء شائع منها فصاحبها

^{١٥} والتي تتمثل في شرط وجود المحل أو قابليته للوجود، وشرط التعين أو قابلية المحل لذلك وشرط التعيين أو قابلية المحل لذلك وشرط المشروعية، بعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة.

مخير إن شاء فسخ القسمة وإن شاء لم يفسخ ورجع بمقدار ما نقصت حصته على صاحب الحصة الأخرى" ويقابل هذه المادة في القانون المدني الأردني المادة ١٠٣٩ حيث تقول العبارة الأخيرة منها "مملوكة للشركاء عند إجرائها" ولا مقابل لها في القانون المدني المصري، مع أن القواعد العامة تكفل مثل هذا الشرط وذلك باعتبار التصرف قد وقع في ملك الغير الأمر الذي يجعل مثل هذا التصرف قابلاً للإبطال - كما تشترط المجلة العدلية بأن يترتب على تقسيم المال الشائع ضرر أو تفويت المنفعة (المادة ١١٣١) حيث تقرر "قابل القسمة وهو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا يفوت بالقسمة المنفعة المقصودة منه". كما يقتضي توافر سبب مشروع للقسمة باعتبارها كما ذكرنا عقداً من العقود وأن يكون السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

وكما تقع القسمة بالاتفاق الصريح بين الشركاء، يمكن أن تقع القسمة بالاتفاق الضمني بينهم وتسمى حينئذ القسمة الفعلية "Paratage de fait" كما تقع بتصرف أحد الشركاء بحصة مفرزة تعادل حصته الشائعة، ثم يتبعه باقي الشركاء وذلك بقيام كل منهم بالتصرف بجزء يعادل حصته الشائعة، حيث يستخلص من ذلك أن كل واحد من الشركاء قد ارتضى بالجزء الذي تصرف فيه، وأنهم بذلك قد ارتضوا قسمة المال بينهم على الصورة التي تصرفوا فيها^{١٦} وللشركاء أن يختاروا الطريقة التي

^{١٦} وتستخلص الإرادة الضمنية من قبل المحكمة المختصة من الظروف التي تمت فيها القسمة، بناء على ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا كان الحكم قد استظهر ما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة في أوقات متباعدة، ومما ذكره بعضهم في عقد صادر منه ببيع ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضي المدة الطويلة ستظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم، وأن كل واحد منهم وضع يديه على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية، ثم رتب على القسمة التي قام بها، ولو أنها لم تكن بعقد مسجل، نتائجها القانونية في حق الغير، فلم يعول على ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه =

سيتم قسمة المال الشائع بناءً عليها^{١٦} وذلك وفقاً لأحكام المادة ٨٣٥ من القانون المدني المصري الحالي سابقة الذكر، وتشتط المجلة العدلية إفرار الحصص وتمييزها لصحة القسمة على أساس أن القسمة عبارة عن تعيين لنصيب كل من الشركاء على حدة وبهذا تقضي المادة ١١٢٤ من المجلة العدلية بأنه "لا تصح القسمة إلا بإفراز الحصص وتمييزها فلو قال أحد أصحاب الصبرة المشتركة من الحنطة للآخر خذ أنت ذلك الجانب من الصبرة ولكن من هذا الجانب لي لا يكون

= أرضاً شائعة لا يملك منها شيئاً بمقتضى القسمة فإنه لا يكون قد خالف القانون في شيء - أنظر نقض مدني مصري ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ٢ ص ٨٨٦ وقضت أيضاً بتاريخ ٤ إبريل سنة ١٩٤٦ بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة وثبت حكمها على أن كلاً منهم قد استقل بوضع يديه على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضي المدة، مستعملة على ذلك بالبينة والقرائن فهذا الحكم لا يعتبر مؤسساً على التفرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء، ولذلك لا يصح النعي عليه أنه قد خالف القانون إذا هو لم يستند إلى دليل كتابي "مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ٢ ص ٨٨٦ كما قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٠/٢٦/١٩٥٠ بأنه إذا كان الحكم، إذ قضى بأحقية المدعى إلى الأرض الزراعية المحجوز عليها ما عدا المقدار الخالص بشريكته الحاجزة وبإلغاء الحجز المتوقع على حصة شائعة فسي محصولات جميع الأعيان وبإلزامها بالتعويض، قد استخلص استخلاصاً سائفاً أن القسمة بين الشريكين حصلت فعلاً وأن الحاجزة علمت بها وأقرتها، وبين من ناحية أخرى وجه الضرر الذي قضى بالتعويض من أجله، فإن هذا كاف ولا يكون الحكم قد شابه القصور "مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ٢ ص ١١٤٩ - وانظر في هذا المعنى نقض مدني مصري ٣١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ٢ ص ٩٠٥ .

^{١٧} إنما يلاحظ أنه في حالة تحول المهابأة المكانية وفقاً لأحكام القانون المدني المصري إلى قسمة نهائية إذا ظلت مستمرة أكثر من خمسة عشرة عاماً لا تعتبر قسمة اتفاقية كما ليست هي قسمة قضائية، وإنما هي قسمة تمت بحكم القانون، رغم أنها قد بدأت اتفاقية للانتفاع بالعين المملوكة على الشيوخ، أنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ٨٤ وما بعدها.

ذلك قسمة". ونعتقد أن هذا الشرط قد تضمنته المادة ٨٣٥ من القانون المدني المصري الحالي وذلك لاتفاقه مع الهدف والغرض من القسمة في الأصل ومن ثم لا حاجة للنص عليه.

٧- حكم وجود قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء وقت الاتفاق على القسمة :

أولاً : في القانون المدني المصري :
أوجبت المادة ٨٣٥ من القانون المدني المصري بمراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون في الحالة التي يكون بين الشركاء قاصر أو محجور عليه أو كان أحدهم غائباً. والقانون المقصود تطبيق أحكامه في هذا الصدد هو قانون الولاية على المال المصري قد نصت المادة ٤٠ من هذا القانون على ما يأتي " على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية" بينما نصت المادة ٧٩ من نفس القانون المشار إليه على أن تسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام ".
من هذين النصين السابقين يكون الحكم في القانون المدني المصري على النحو الآتي :

- ١- يحل محل ناقص الأهلية أو المحجور عليه أو الغائب من يقوم مقامهم، كالولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل في الاتفاق على القسمة.
- ٢- يجب أن يتبع ذلك، الحصول على إذن من المحكمة المختصة مسبقاً قبل الاتفاق على قسمة المال الشائع بالنسبة للقاصر أو المحجور عليه أو حتى الغائب وذلك لتقدر المحكمة ما إذا كانت القسمة في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب

أم لا ؟؟ وقد استثنى من ذلك الولي بحيث يستطيع الاتفاق على قسمة المال الشائع للقاصر دون حاجة إلى إذن من المحكمة^{١٨}.

٣- ويرجع سبب طلب الحصول على إذن من المحكمة إلى أن قانون الولاية على المال المصري اعتبر قسمة المال، بالنسبة للقاصر أو المحجور عليه أو الغائب أمرا خطيرا فأخرج القسمة من نطاق أعمال الإدارة المعتادة إلى نطاق التصرفات^{١٩}.

^{١٨} وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستغل به، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وأجازت القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات - نقض مدني مصري ٢٤ يناير ١٩٤٦ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣٠، ويلاحظ أن استثناء الولي من وجوب الحصول على إذن من المحكمة وبوجه خاص في القسمة. وهذا الحكم مقصور فقط على الأب دون الجد حيث نصت المادة ١٥ من قانون الولاية على المال المصري على أنه " لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة، التصرف في مال القاصر ولا التصالح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها" ولما كانت القسمة من أعمال التصرف فإن القسمة تأخذ حكم الصلح أو التنازل المنصوص عليها بالمادة ١٥ من قانون الولاية على المال بالنسبة للجد.

^{١٩} وقد كان القانون المدني المصري السابق ٥٤٩/٤٥٢ لا يكتفي بإذن المحكمة بل يوجب على غرار القانون المدني الفرنسي، أن تكون القسمة قضائية في الحالة التي يكون بين الشركاء ناقص الأهلية أو محجور عليه أو غائب أنظر الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٠٥ للقانون المدني المصري الحالي التي أخطأت في نسب هذا الحكم إلى القانون المدني المصري الحالي بدلا من أن تنسبها إلى القانون المدني المصري القديم - أنظر السنهاوري الوسيط الجزء الثامن هامش رقم ١=

٤- إذا قدرت المحكمة بأن القسمة في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب، وحددت الأسس التي بناء عليها تتم القسمة والإجراءات التي يجب اتباعها. وتأمّر بنفاذها إذا وجدت المحكمة أن تستوثق من اتباع تلك الإجراءات، وتأمّر بنفاذها إذا وجدت المحكمة أنه قد روعي ما حددته من إجراءات وإلا كان للمحكمة أن تقرر العدول من القسمة الاتفاقية إلى القسمة القضائية كما يكون لها ذلك إذا تأكدت أن القسمة ليست في صالح القاصر أو المحجور عليه أو الغائب.

ثانياً في المجلة العدلية والقانون المدني الأردني :

تنص المادة ١١٢٨ من المجلة العدلية بما يأتي " يشترط في قسمة التراضي رضا كل واحد من المتقاسمين فإذا غاب أحدهم لا تصح قسمة الرضا، وإذا كان في جملتهم صغير فوليه أو وصية يقوم مقامه وإن لم يكن للصغير ولي ولا وصي توقفت القسمة على أمر الحاكم فينصب وصياً يقاسم الشركاء ."

وتنص المادة ١٠٤١/١ من القانون المدني الأردني بما يأتي " إذا كان أحد الشركاء غائباً أو فاقد الأهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية حينئذ ."

يتبين من النصين السابقين ما يأتي :

١- إن المجلة العدلية تجيز القسمة الرضائية في حالة وجود صغير بين الشركاء أو مجنون وذلك بحلول الوصي أو الولي مقام الصغير أو المجنون، وبهذا تتفق المجلة العدلية مع حكم القانون المدني المصري^{٢٠} وتختلف مع القانون المدني الأردني

ص ٨٩٧ - أنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ١٢١ ص ٢٨٢ - وأنظر عبد المنعم

البدراوي حق الملكية طبعة ١٩٥٦ فقرة ١٥٣ ص ١٨٤ - إسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٥٩ ج ١ في حق الملكية فقرة ٨٩ ص ٢٠٨ هامش ١.

^{٢٠} مع ملاحظة ما تشترطه المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال في القانون المصري من وجوب الحصول على إذن من المحكمة بالنسبة للوصي أو القيم أو الوكيل.

حيث لا يجيز القسمة بوجود الصغير أو المجنون حتى ولو عن طريق الولي أو الوصي (المادة ١٠٤١/١).

٢- إن المجلة العدلية أجازت في حالة عدم وجود الولي أو الوصي أن يقوم الحاكم مقام الصغير أو المجنون في القسمة الرضائية وبهذا يختلف حكم المجلة العدلية عن الحكم في القانون المدني المصري حيث لم يواجه مثل هذا الفرض، وتختلف عن القانون المدني الأردني حيث لم يجز القسمة الرضائية في الأصل عند وجود الصغير أو المجنون بين الشركاء. وبهذا تكون المجلة العدلية قد غطت جميع الفروض التي قد تثور عند إجراء القسمة الاتفاقية وتكون قد أكملت النقص التي جاءت عليه المادة ٨٣٥ من القانون المدني المصري ونعتقد أن الحكم في المجلة العدلية يكون هو الأول في الترجيح وذلك لعموميته ولشموليته والتي تجعله متميزاً عن القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني كذلك.

٣- ومع ذلك فإننا نرى أن ما انفردت به المادة ٨٣٥ من القانون المدني المصري بإجازة وقوع القسمة الاتفاقية حتى ولو كان بغياب أحد الشركاء وذلك عن طريق حلول وكيل الغائب محله في إجراء القسمة أنه جدير في الاعتبار حتى لا يتوقف إجراء القسمة كما في حالة القاصر والمحجور عليه، حيث أن اشتراط الأذن المسبق من المحكمة المختصة يكفل سلامة إجراء القسمة ولو عن طريق الوكيل كما رأينا ذلك بالنسبة للصغير والمحجور عليه. ولذا يمكن تصحيح صياغة المادة ٨٣٥ من القانون المدني المصري على النحو التالي "لشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها وإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية أو كان أحدهم غائبا، فوليه أو وصيه يقوم مقامه وكذلك الوكيل بالنسبة للغائب بعد الحصول على إذن من المحكمة المختصة، وإن لم يكن للصغير ولي أو وصي ولم يكن للغائب وكيل توقفت القسمة على أمر الحاكم فينصب وصيا يقاسم الشركاء" وتتوقف قسمة الفضولي على إجازة الشركاء قولاً وفعلًا، وبهذا تقول المادة ١١٢٦

من المجلة العدلية "قسمة الفضولي موقوفة على الإجازة قولاً أو فعلاً" ويقابلها المادة ١٠٥٣ من القانون المدني الأردني والتي تقرر بأن "قسمة الفضولي موقوفة على إجازة الشركاء في المال المقسوم قولاً أو فعلاً".

٨- وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية :

ذكرنا أن القسمة الاتفاقية هي عبارة عن عقد من العقود، ومن ثم فإنها تتساوى من ناحية وجوه الطعن فيها مع أي عقد من العقود، فيجوز الطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت القسمة قبل موت المورث لأنه تكون حينئذ تعلملاً بتركة مستقبلية ويجوز لكل من له مصلحة أن يطعن فيها بالبطلان المطلق.

كما يجوز للقاصر أن يطلب إبطال القسمة الاتفاقية إذا لم تتخذ الإجراءات التي نصت عليها المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال في القانون المصري، أو إذا تصرف الصغير دون الولي أو الوصي بناء على أحكام المجلة العدلية، وإن كانت القسمة حينئذ تعتبر في نظر المجلة العدلية موقوفة على إجازة الولي أو الوصي (المادة ٩٦٧ من المجلة العدلية)^{٢١}.

وقد يرجع الطعن في القسمة الاتفاقية لعيب من عيوب الإرادة لحق إرادة أحد الشركاء، كالغلط أو التدليس أو الإكراه^{٢٢}.

^{٢١} حيث تقول الثانية منها "وأما العقود الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتتخذ موقوفة على إجازة وليه ووليه مخير في الإجازة وعدمها..الخ.

^{٢٢} أنظر نقض مدني مصري أو ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٨ ص ٦٤ حيث قضت بأنه "إذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة أرض رسا مزادها على المقتسمين، لما شاب رضاء أحد طرفي القسمة من تدليس بانبا ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد في أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه على الوقف الذي كان يرى استحقاق بعض هذه الأرض وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من الأرض في ملكيته وما يخرج عنها وأنه أخفى هذا عن قسيمه، بل ألهمه غير ما علم كما يختص هو في عقد القسمة بمساو

٩- نقض القسمة الاتفاقية للغبن :

تنص المادة ٨٤٥ من القانون المدني المصري على ما يأتي :

(١) يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".

(٢) "ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته".

وتنص المادة ١١٢٧ من المجلة العدلية على ما يأتي :

"يجب أن تكون القسمة عادلة بمعنى أنه يلزم تعديل الحصص بحسب استحقاقها بحيث لا يكون فيها نقصان فاحش، فدعوى الغبن الفاحش في القسمة تسمع" وقد حددت المادة ١٦٥ من المجلة متى يكون الغبن فاحشاً، حيث نصت على ما يأتي "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة"^{٢٣} ويجيز القانون المدني الأردني نقض القسمة

يخرج معظمه عن ملك الوقف ويختص قسمه بما سيكون ماله الاستحقاق ففي هذا الذي أثبتته الحكم ما يكفي لاعتباره حيلة تقصد رضى من خدع بها" - كما يجوز نقض القسمة وذلك عن طريق إبطالها للغلط كأحد عيوب الإرادة - وعلى وجه الخصوص إذا وقع الغلط في صفة جوهرية في القسمة، ومع ذلك يجوز للمتقاسمين الذين أبدوا استعدادهم لتلافي نتائجه بإجراء قسمة تكميلية مثلاً أو بتعويض، الأمر الذي يجعل من وقع بالغلط ألا يصر على إبطال القسمة - أنظر فقرة ٩٠ ص ٢١٠ هامش ٢.

^{٢٣} وقد حدد المشرع العراقي مقدار الغبن الفاحش في العقارات بالخمس، وهذا خلافاً للقانون المدني المصري الذي حدده بأكثر من خمس قيمة العقار في المادة ٨٤٥ منه، أنظر المادة ١٠٧٧ من القانون المدني العراقي فقرة ثانية أما المجلة فمن الملاحظ أنها أجازت نقض القسمة إذا وصل الغبن إلى خمس القيمة أو أكثر وبهذا تكون قد جمعت بين الحكم في القانون المدني المصري الذي

الرضائية للغبن في المادة ١٠٥٠ منه لكنه لم يحدد مدى هذا الغبن الذي يعتبر فاحشاً كما فعل المشرع المصري والمجلة العدلية^{٢٤} وإنما ترك تقديره للخبراء. يتضح من النصوص السابقة أنه إذا وقع بأحد المتقاسمين غبن فاحش يجوز له أن ينقض القسمة وقد حدد القانون المدني المصري وكذلك الأردني مجال نقض القسمة للغبن في القسمة الرضائية دون القسمة القضائية ويرجع ذلك إلى أن القسمة القضائية نادراً ما يقع فيها غبن حيث أن من المفروض أن هذا النوع من القسمة لا يتم إلا وقد أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم^{٢٥}، ويبدو أن المجلة العدلية لا تفرق بين قسمة تمت بالتراضي أو بالقضاء حيث يجوز نقض القسمة للغبن الفاحش في كلا النوعين من القسمة فقد جاءت المادة ١١٢٧ ذات صياغة عامة ولم ترد بالصياغة التي وردت عليها صياغة المادة ١٠٥٠ من القانون المدني الأردني. وحكم المجلة العدلية يتفق مع ما أخذ به المشرع الفرنسي حيث لم يفرق في المادة ٨٨٧ و ٨٨٨ بين القسمة الرضائية والقضائية^{٢٦}.

٢٤ يحدد الغبن الفاحش بأكثر من الخمس، وبين الحكم في القانون المدني العراقي الذي حدده بالخمس كما ذكرنا سابقاً.

٢٥ فقد نصت المادة ١٠٥٠ من القانون المدني الأردني على ما يأتي "١- يجوز من لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة. ٢- وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة".

٢٥ أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد "أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن، لأن المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن" مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨.

٢٦ أنظر السنهاوري الوسيط الجزء الثامن السابق ٤٥٤ ص ٩٠١ وأنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ١٢٢ ص ٢٨٦.

فالغبن إذن يعتبر عيباً في القسمة يوجب نقضها، أي تكون قابلة للإبطال بالنسبة للقانون المدني المصري وكذلك المجلة العدلية^{٢٧} بينما في القانون المدني الأردني يعتبر الغبن سبباً من أسباب فسخ القسمة الرضائية (الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٠).

لكن متى يعتبر الغبن فاحشاً؟؟ :

اعتبرت المادة ٨٤٥ من القانون المدني المصري الغبن فاحشاً، متى بلغ أكثر من خمس قيمة العقار، بينما في المجلة العدلية، فقد اعتبرت الغبن فاحشاً متى بلغ خمس قيمة العقار أو كان أكثر من الخمس، بهذا جمعت المجلة العدلية بين حدين الحد الأول. الخمس، والحد الثاني أكثر من الخمس، ومن ثم، لا يعتبر حكمها مختلفاً عن القانون المدني المصري، وإنما يعتبر أوسع نطاقاً منه، وأوسع نطاقاً من القانون المدني العراقي الذي حدد مقدار الغبن بخمس قيمة العقار فقط المادة ٢/١٠٧٧ من القانون المدني العراقي حيث قالت "ويعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم، ونصف العشر في العروش، والعشر في الحيوانات والخمس في العقارات" ولم يرد في المادة ١٠٥٠ من القانون المدني الأردني متى يعتبر الغبن فاحشاً، وبالرجوع إلى المادة ١٤٦ منه وهي التي تتكلم عن الغبن، نجد أنها وضعت معياراً عاماً لتحديد متى يعتبر الغبن فاحشاً حيث تقول "الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين" ومن ثم فإن المشرع الأردني يترك أمر تحديد الغبن الفاحش إلى الخبراء، مع أن ذلك يترك مجالاً للتناقض والتعارض والتحكم في تحديد متى يعتبر الغبن فاحشاً ولذا نرى أن ما ذهب إليه المجلة العدلية أولى في الإتيان والترجيح فالخمس لا يعتبر غبناً

^{٢٧} أنظر شرح المادة ١١٢٧ من المجلة العدلية ص ٦٢٤ و ٦٢٥.

يسيرا كما يرى المشرع المصري، وإنما غبنا يستحق نقض القسمة عند توافره وعلى وجه الخصوص في العقارات.

ولا يشترط القانون المدني المصري أو المجلة العدلية لكي يعتبر الغبن الفاحش سببا لإبطال عقد القسمة الرضائية أن يكون ناتجا عن طيش بين أو هوى جامح كما في نظرية الاستغلال إنما يكفي أن يكون الشريك قد وقع بغبن مادي يصل إلى خمس قيمة العقار أو أكثر من ذلك^{٢٨}.

ولما كان الغبن الفاحش سببا لاعتبار عقد القسمة الرضائية قابلا للإبطال، فهذا يعني أنه يجوز للشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة مع ذلك فالإبطال هنا مقرر لمصلحته هو فقط، والإجازة قد تقع صراحة وقد تقع ضمنا، فإذا تصرف الشريك المغبون بحصته رغم علمه بالغبن الفاحش، فإن ذلك يؤدي إلى سقوط حقه في إبطال (نقض) عقد القسمة للغبن الفاحش^{٢٩} كذلك تسقط دعوى الغبن إذا أقر الشركاء الذين جرت بينهم القسمة باستيفاء كل منهم حقه ثم ادعوا الغبن بعد ذلك انظر المادة ١١٢٧ من المجلة العدلية الفقرة الثانية منها حيث تقول "أما إذا أقر المقسوم لهم باستيفاء الحق ثم ادعوا الغبن فلا تسمع دعواهم".

والعبرة في تحديد متى يعتبر الغبن فاحشا، وقت القسمة كما هو الحال في القانون المدني المصري (المادة ١/٨٤٥) وهو نفس الحكم في القانون المدني الأردني (المادة ٢/١٠٥٠ منها). ولم تتعرض المجلة العدلية لذلك في المادة ١١٢٧، ومن

^{٢٨} ويتفق ذلك مع حكم القانون المدني العراقي (المادة ١/١٠٧٧ منه) مع الملاحظة أن القانون المدني الأردني يعتبر الغبن الفاحش سببا لفسخ عقد القسمة الرضائية وليس سببا لإبطالها.

^{٢٩} أنظر المادة ٣٥٩ من المجلة العدلية حيث تؤكد ذلك بقولها "المشتري الذي حصل له تغيير إذا اطلع على الغبن الفاحش تم تصرف في البيع نصر الملاك سقط حقه قسمته".

ثم نعتقد أن حكم القانون المدني المصري وكذلك الأردني هو الذي يجب أن يرجح في تحديد الوقت الذي يقدر فيه، فيما إذا كان الغبن فاحشاً أم لا^{٣٠}.

١٠ - أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن :

ذكرنا فيما سبق أن المجلة العدلية لم تفرق بين قسمة اتفاقية أو قضائية من ناحية جواز نقص القسمة بالغبن، بينما ذهب القانون المدني المصري ومن أخذ في حكمه^{٣١} بحصر نطاق جواز نقص القسمة بالغبن في الاتفاقية دون القضائية، وإن كنا نعتقد أن ما ذهب إليه القانون المدني المصري هو ما يجب تفسير المادة ١١٢٧ من المجلة العدلية عليه، فالقسمة القضائية تتولاها المحكمة، مما يجعل وقع الغبن في القسمة من الفروض النادرة، لذا نرى حصر جواز نقص القسمة للغبن الفاحش في نطاق القسمة الاتفاقية والتي تتم عن طريق الاتفاق بين الشركاء، حيث يكون هنالك مجال للغبن الفاحش أو اليسير.

وطالما حصرنا نطاق جواز نقص القسمة للغبن في القسمة الاتفاقية، فإنه يجوز نقص القسمة الاتفاقية في جميع أنواعها، سواء كانت كلية أم جزئية، أو تمت بطريقة التصفية، وفي هذه الحالة الأخيرة ينحصر نقص القسمة في توزيع الثمن على الشركاء والغبن الذي قد يقع فيه، لا بالنسبة للغبن الذي وقع في بيع المال الشائع للأجنبي إلا إذا كان المشتري أحد الشركاء عندئذ يعتد بالغبن الفاحش كسبب لإبطال القسمة، لأن البيع في هذه الحالة يعتبر في حقيقته قسمة^{٣٢}.

ومع ذلك لا يجوز نقص القسمة الاتفاقية التي يغلب عليها صفة الاحتمال، ويقع ذلك في حالة ما يتفق اثنان على تقسيم أرض أو دار بينهما على أن تؤول حصة أحدهما

^{٣٠} وهذا ما لم تتعرض له المادة ١٠٧٧ من القانون المدني العراقي.

^{٣١} كالقانون المدني الأردني (المادة ١/١٠٥٠) والقانون المدني العراقي (١/١٠٧٧).

^{٣٢} في هذا المعنى أنظر السنهاوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٤٨ ص ٩٠٤ ص ٩٠٥ وأنظر خليل قdade السابق فقرة ١٢٣ ص ٢٩١ - توفيق حسن فرج السابق فقرة ١٣٢ ص ٢٥٥.

للاخر مقابل مرتب لمدى حياته، أو مقابل أن يرتب له على الأرض كلها أو الدار كلها حق انتفاع لمدى حياته، في هذه الحالة لا يجوز نقض القسمة بالغبن الفاحش، لأن طبيعة العقود الاحتمالية تتعارض مع نقضها بالغبن، فقد يموت من سيحصل على المرتب مدى حياته بعد الحصول على المرتب الأول أو حتى قبل الحصول عليه وقد يستمر إلى مدة طويلة ربما تفوق قيمة الشيء أو الحصة التي أفرزتها الاتفاقية له^{٢٣}. بعبارة أخرى أن الغبن في العقود الاحتمالية أمر وارد ومن ثم لا يجوز نقضها بالغبن الفاحش^{٢٤}. كما لا يجوز نقض القسمة للغبن في حالة ثبوت علم الشريك وقت القسمة بالغبن حيث يحمل الأمر على تنازله عن حقه بنقض القسمة. ونقض القسمة بالغبن الفاحش يكون عن طريق دعوى يرفعها الشريك المغبون على الشركاء الآخرين والغرض في هذه الحالة كما ذكرنا، أن القسمة تقع برضا الشركاء واتفاقهم، ولا يهم إن كان المال المقسوم على هذه المسألة منقولاً أم عقلاً هذا خلافاً للغبن الفاحش في عقد البيع حيث ينحصر نطاقه في العقارات دون المنقولات^{٢٥}.

والحق في رفع دعوى نقض القسمة للغبن الفاحش، ينتقل إلى الورثة، كما يجوز لدائن الشريك المغبون أن يرفع دعوى نقض القسمة باسم مدينه (الدعوى غير المباشرة).

^{٢٣} أنظر الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الأول السابق فقرة ١٢ ص ٢٥ وأنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٤٨ ص ٩٠٥.

^{٢٤} أنظر خليل قداد الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع عقد البيع فقرة ٤٦ ص ٩٩. أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥١٩ ص ٩٠٥.

^{٢٥} أنظر خليل قداد الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع عقد البيع فقرة ٤٦ ص ٩٩ - أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥١٩ ص ٩٠٥.

وإثبات الغبن الفاحش يكون بكافة طرق الإثبات فهو من الوقائع المادية، ومن ثم يجوز إقامة الدليل عليه بالبينة والقرائن، ومن الناحية العملية، فإن المحكمة كثيراً ما تستعين بالخبراء بهدف التحقق من وجود الغبن الفاحش في نصيب الشريك الذي يدعى الغبن، ويكون التقرير في العادة بين قيمة المال الشائع بصفة كلية ونصيب قيمة الشريك المفروز ومقارنة القيمتين فإذا وقع الغبن بحدود الخمس أو ما يزيد على الخمس كان هناك غبن فاحش وإلا فإن دعوى الشريك لا تقبل، ولا يملك القاضي في حالة توافر الغبن الفاحش إلا أن يحكم ببطالان عقد القسمة، وهذا خلاف ما يملكه القاضي من سلطة تقديرية في الفسخ وفقاً للقواعد العامة^{٣٦}.

١١ - الآثار التي ترتبت على نقض القسمة :

أولاً : في حالة توصل القاضي لوجود الغبن الفاحش الذي يصل إلى خمس قيمة العقار أو قيمة الشيء المقسوم أو أكثر من ذلك حكم بإبطال القسمة، وبالتالي اعتبارها كأن لم تكن وذلك وفقاً لأحكام القانون المدني المصري وأحكام المجلة العدلية، بينما يحكم القاضي بفسخها وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني.

ثانياً : عودة الشيوع للملك والتي زالت على أثر القسمة الاتفاقية، وذلك بأثر رجعي يرجع إلى ما قبل الاتفاق على القسمة، واعتبار المال الشائع وكأنه لم يقسم في أي وقت. وإن حالة الشيوع مستمرة ولم تنقطع منذ قيامها.

ثالثاً : سقوط جميع أعمال التصرف من بيع ورهن والتي قام بها الشركاء بعد قسمة المال الشائع واعتبارها كأن لم تكن وبأثر رجعي، وترجع حصص المال

^{٣٦} أنظر خليل قdade الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع عقد البيع فقرة ٧١ ص ١٤٠ و ١٤١ - أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن فقرة ٥٤٩ ص ٩٠٦ - توفيق حسن فرج السابق فقرة ١٣٢ ص ٢٥٥ و ٢٥٦.

الشائع كما لو لم يكن الشركاء قد تصرفوا فيها كل ذلك وفقا لأحكام القواعد العامة في البطلان^{٢٧} أو الفسخ وفقا لأحكام القانون المدني الأردني.

رابعاً : جواز إعادة قسمة المال الشائع سواء عن طريق القسمة الاتفاقية من جديد أو عن طريق القسمة القضائية، وإذا وجد غبن فاحش يصل إلى خمس قيمة الشيء المقسوم أو يزيد عن ذلك، فيجوز نقض القسمة من جديد وعلى وجه الخصوص في القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية كما رجحنا ذلك^{٢٨}.

١٢- هل يجوز تفادي دعوى نقض القسمة؟

لم تتعرض المجلة العدلية للمدة التي يجب أن ترفع خلالها دعوى نقض القسمة (أي إبطالها) على خلاف القانون المدني المصري الذي حدد سنة تبدأ من تاريخ وقوع القسمة (المادة ٢/٨٥٤ منه) وكذلك القانون المدني الأردني (المادة ١٠٥١ والتي تقول بأنه " لا تسمع دعوى الفسخ وإعادة القسمة إذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ القسمة " وهذا هو الوضع الغالب في المجلة العدلية مع أن ذلك أمر تقتضيه السياسة التشريعية في كل دولة حيث لا يجوز تعليق الأوضاع القانونية أو المراكز القانونية مدة طويلة دون وضع حد لاستقرارها أو عدم استقرارها، ومدة السنة التي حددته المادة ٢/٨٤٥ من القانون المدني المصري، وكذلك المادة ١٠٥١ من القانون المدني الأردني ليست بالمدة الطويلة وفي نفس الوقت ليست بالمدة القصيرة التي يعول عليها في وضع أسس استقرار المراكز القانونية التي نشأت للشركاء كنتيجة مباشرة للقسمة، وإنما نرى أن ما حددته المادة ١/١٠٧٧ من القانون المدني العراقي، وهي ستة شهور كافية لتحقيق مثل هذا الغرض، ودافعا قويا للشركاء بأن يسعوا جادين غير متهاونين لاستقرار وضعهم وحقوقهم في الحصص التي آلت

^{٢٧} أنظر خليل قداة شرح الوجيز القانون المدني الجزائري الجزء الثاني أحكام الالتزام فقرة ٦١ ص ٩١ وما بعدها.

^{٢٨} أنظر خليل قداة حق الملكية السابق فقرة ١١١ وما بعدها.

إلهم. حيث تقرر هذه الفقرة ما يأتي "يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن فاحش، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة ... الخ".

فإذا رفعت الدعوى خلال المدة المطلوبة فهل يجوز تفادي نقض القسمة وذلك عن طريق إكمال نصيب الشريك الذي وقع فيه الغبن الفاحش؟؟

لم تتناول المجلة العدلية هذا الوضع بينما تناولته الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ من القانون المدني المصري بقولها " للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عينا ما نقص من حصته " كما تناولته الفقرة الأولى من المادة ١٠٧٧ من القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى منها^{٣٩} ونعتقد أنه يجب النص على ذلك في قانوننا الفلسطيني المنتظر، حيث تهدف إلى تحقيق التعادل في حصص الشركاء، وذلك عن طريق رفع الغبن الفاحش الذي وقع في نصيب أحد الشركاء من جراء القسمة الأمر الذي ينتهي إلى استقرار ما تم قسمته مما يحقق الطمأنينة لكل شريك بما يحصل عليه وتحقيق الاستقرار.

يتبين من هذه النصوص أنه يجوز للشركاء الآخرين تفادياً لدعوى نقض القسمة وما يترتب عليها من آثار^{٤٠} أن يكملوا النقص الذي أصاب حصة الشريك المغبون بهدف أن يتساوى مع حصص الآخرين ويتم ذلك عن طريق :

- ١- إما دفع مبلغ من النقود يساوي الجزء الناقص من حصة الشريك.
- ٢- وإما دفع جزء من المال المقسوم إلى الشريك المغبون بهدف تساوي حصته مع حصص الشركاء الآخرين.

^{٣٩} ولم ينص القانون المدني الأردني بما يفيد على أنه يجوز تفادي دعوى نقض القسمة كما هو الحال في المجلة العدلية، مما يعتبر قصوراً في القانون المدني الأردني هذا إذا علمنا أنه حدد المادة التي يجب أن ترفع خلالها الدعوى (المادة ١٠٥).

^{٤٠} أنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ١١١.

والغبن الفاحش في حالة القسمة لا يزول إلا بإكمال حصة الشريك المغبون سواء نقدياً أم عينياً كما ذكرنا بصفة كاملة بهدف تحقيق التساوي بين الحصص التي آلت إلى الشركاء أو تحقيق التساوي بين ما آل إلى الشريك المغبون وحصته الشائعة بالكامل. يرجع ذلك إلى أن عقد القسمة الرضائية يقوم على أساس المساواة بين المتقاسمين^{٤١} وهذا عكس الحال بالنسبة للغبن الفاحش الذي يقع في عقد البيع، حيث يزول الغبن بإكمال الثمن حتى يصل إلى أربع أخماس الثمن الحقيقي للمبيع^{٤٢} وإمكان تقاضي دعوى نقض القسمة، يجوز في أي مرحلة تكون عليها الدعوى سواء أكان ذلك أمام المحكمة الابتدائية أم الاستئنافية كما يجوز إكمال النقص بعد صدور الحكم النهائي في الدعوى إنما في هذه الحالة يضاف إلى ما سيقوم بدفعه الشركاء الآخرين للشريك المغبون، مصاريف الدعوى القضائية^{٤٣}.

وفي حالة تعدد المدعى عليهم بدعوى نقض القسمة. وهو الواقع الغالب من الناحية العملية، فيجب أن يتفقوا على مبدأ إكمال النقص الذي أصاب أحد الشركاء المتقاسمين، سواء نقداً أم عيناً، فإذا اتفقوا على ذلك واختالفوا على مقدار ما سيدفعونه للشريك لإكمال النقص تولت المحكمة تقدير ذلك. أما إذا اتفق جزء منهم وعارض الجزء الآخر، فيجوز للجزء الذي وافق على إكمال النقص أن يقوم بذلك دون الآخرين، ودون أن يكون لهم الحق في الرجوع على الآخرين المعارضين بشيء^{٤٤}.

^{٤١} في هذا المعنى أنظر السنيهوري الجزء الثامن فقرة ٥٥١ ص ٩٠٩.

^{٤٢} أنظر خليل قدارة شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع السابق فقرة ٨٤.

^{٤٣} أنظر السنيهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٥١ ص ٩٠٩.

^{٤٤} أنظر السنيهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٥١ ص ٩١٠ - وأنظر خليل قدارة حق الملكية السابق فقرة ١٢٥ ص ٢٩٧ - توفيق حسن فرج حق الملكية السابق فقرة ١٣٢ ص ٣٥٥ وما بعدها.

ويجوز لدائن المدعى عليهم التدخل في الدعوى، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم^{٤٥}.

المبحث الثاني

تحديد طبيعة أثر القسمة

١٣- النصوص القانونية :

تنص المادة ٨٣٤ من القانون المدني المصري على ما يأتي "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص" ويقابلها في القانون المدني الأردني المادة ١٠٣٨ حيث تقول "القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة ... الخ " بينما تقابل المادة ١١١٦ من المجلة العدلية والتي تنص على ما يأتي "القسمة من جهة إفراز، ومن جهة مبادلة". يتضح من النصوص السابقة ما يأتي :

١٤- أولا : في القانون المدني المصري والقانون الأردني :

يعتبر كل منهما أثر القسمة كاشفا لنصيب الشريك في المال الشائع منذ أن نشأ الشيوع. حيث أن وظيفة القسمة كما يقول غالبية الفقهاء في مصر هي تحقيق التطابق بين الحقوق المعنوية والحقوق المادية لحق الشريك وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع، تخلص ملكيته للشريك منذ بدء الشيوع، فهي لا تخول الشريك سنداً جديداً وإنما يبقى سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة^{٤٦}.

^{٤٥} أنظر في هذا السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٥١ ص ٩١٠ وأنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ١٢٥ ص ٢٩٧.

^{٤٦} أنظر في هذا عبد المنعم فرج الصدة حق الملكية طبعة ١٩٦٤ فقرة ١٥٦ و ٢٤٧ - عبد المنعم البدر اوي الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ١٦٦ ص ٢٠٥ و ٢٠٦ - إسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ١١٣ ص ٢٦١ و ٢٦٢ و ٢٦٣ - حسن كيره الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ١٣٧ ص ٢٦٧ - وأنظر السنهوري حيث يرى أن أثر

١٥- ثانيا : في المجلة العدلية :

تعتبر المجلة العدلية أثر القسمة ناقلا لا كاشفا، فالقسمة تقوم وفقا لأحكام المجلة العدلية على أساس الإفراز والمبادلة، فهي إفراز لنصف حصة الشريك من مجموع المال الشائع، وفي نفس الوقت هي مبادلة، حيث يبادل كل شريك بنصف نصيبه الآخر بنصف نصيب الشريك الآخر، والذي كان سيشاركه في كل ذرة من ذرات المال الشائع وبهذا تقرر الفقرة الثانية من المادة ١١١٦ "مثلا إذا كان كيل حنطة مشتركا بين اثنين مناصفة فكل حبة منه لكل واحد نصفها، فإذا قسم قسمة جمع إلى قسمين وأعطى أحدهما القسم الواحد والثاني القسم الآخر يكون كل واحد منهما قد أفرز نصف حصته وبادل شريكه نصفها الآخر نصف حصته. ومثل ذلك عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فكل جزء منها لكل واحد نصفه فإذا قسمت إلى قسمة تفريق، وأعطى كل واحد منها قسما، يكون كل واحد قد أفرز نصف حصته وبادل شريكه نصفها الآخر بنصف حصته" وبهذا تكون المجلة العدلية قد رجحت ما أخذت به الشريعة الإسلامية، من أن أثر القسمة ناقل للملكية وليس كاشفا لها^٧ ورجحت ما أخذ به القانون الروماني^٨.

= القسمة مزدوج كاشف وناقل فيقول "ولما كان هذان الأثران يتعارضان لم يبق إلا أن تغلب أثرا على أثر في المواضيع التي يحسن فيها من الناحية العملية تغليب هذا الأثر فتارة تغلب الكاشف حيث يحسن تغليبه، وتارة تغلب الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك، ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي الأثر الناقل فقد سار التقنين المدني دعم أثر القسمة، فجعله في جميع الأحوال أثر كاشفا "الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٧٣ ص ٩٤٨ وما بعدها - وبهذا يكون القانون المدني المصري الأردني معا قد رجحا حكم القانون الفرنسي (المادة ٨٨٣) - أنظر خليل قdade رسالة دكتوراه أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص من القاهرة ١٩٨٣ فقرة ٣٦ ص ١٢٧ وما بعدها.

^٧ أنظر بدائع الصنائع لأبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الجزء السابع ص ١٧ حيث يقول "أن القسمة عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض، لأن ما من جزئين =

١٦- رأينا في طبيعة أثر القسمة :

ونحن بدورنا نقول أن تحديد طبيعة أثر القسمة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بطبيعة حق الشريك في المال الشائع، هل حقه حق ملكية تامة يستطيع من خلاله القيام بجميع السلطات التي يمنحها حق الملكية من تصرف واستغلال واستعمال دون أن يشاركه في هذه السلطات أحد من الشركاء الآخرين؟ أم أن حق الشريك لا يصل إلى هذه الدرجة من حق الملكية التام؟؟.

= العين المشتركة لا يتجزأ قبل القسمة وإلا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملوكاً لهذا النصف الآخر مملوكاً على الشيوع فإذا قسمت بينهما نصفين والأجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة، فتجتمع بالقسمة في نصيبه دون صاحبه فلا بد أن يجتمعا في نصيب كل منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع، فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم، لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسوم عليه، بل يكون ببعضه ملك صاحبه، فكانت القسمة منها بالتراضي أو يطلبها من القاضي. رضي كل واحد منهما بزوال ملكه من نصف نصيبه يعوض وهو نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة، فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة إفراداً وتميزاً أو تعييناً لها في الملك وفي حق الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه، فكانت إفراد بعض الأنصباء ومعاوضة البعض ضرورة أو هذا هو حقيقة القسمة المعقولة في الأملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازمة في كل قسمة شرعية - ويذهب جانب من الفقه المصري إلى أن القسمة ليست بطبيعتها كاشفة عن الحقوق وإنما القانون جعل لها أثراً رجعياً يعود إلى وقت تحقيق سبب الشيوع في الملكية، وبهذا يقول جميل الشرقاوي "لأن القانون يجعل لها أثراً رجعياً أي بحكم القانون لا لأنها بطبيعتها غير ناقلة للحقوق" وهذا يعني أن هذا الجانب من الفقه المصري في نظرنا يجعل القسمة في الأصل أثراً ناقلاً للملكية وإنما لكون أن القانون قد جعل للقسمة أثر رجعياً فإنه يرجح نص القانون دون ترجيح أصل القسمة في حقيقته - أنظر جميل الشرقاوي الحقوق العينية الأصلية فقرة ٥٣ ص ١٨٩ - وأنظر الشيخ على الخفيف أحكام المعاملات الطبعة الثالثة ١٩٤٧ ص ٥٢٨ .

^{٤٨} خليل قعادة رسالة دكتوراه السابقة فقرة ٢٦.

لقد أجابت الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ من القانون المدني المصري بالقول "١- كل شريك في الشبوع يملك حصته ملكا تاما له أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء". واضح من هذه الفقرة من المادة ٨٢٦ من القانون المدني المصري بأنها تنسجم مع أحكام المادة ٨٤٣ من القانون المدني المصري والتي تعتبر أثر القسمة ذات طبيعة كاشفة لا ناقلة. ولكن إلى أي مدى يعتبر حق الشريك المشاع كما وصفته الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ السابقة الذكر، حق ملكية تام؟^{٤٩}

١- إن الشبوع في الملكية مهما طال يعتبر وضعاً قانونياً مؤقتاً ينتهي بمجرد زوال الشبوع وتصبح بعد ذلك حصص الشركاء حصصاً مفرزة ومحددة بقدر نصيب كل شريك كالثالث أو الربع أو النصف^{٥٠}. الأمر الذي يجعلنا نقول أن حق الشريك المشاع قبل قسمة المال الشائع هو حق موصوف (مؤقت) ينقضي ويزول ويحل محله حق مفرز ومحدود^{٥١}.

٢- للشخص بصفة عامة أن يكون له جميع السلطات التي يخولها عادة الحق العيني على ما يملكه، من تصرف أو استغلال أو استعمال، دون أن يشاركه في هذا السلطات شخص آخر ودون أن يقيد أي قيد، ما لم يرجع هذا القيد إلى القانون أو الاتفاق (الشرط المانع من التصرف). هذا هو مضمون حق الملكية كما سبق أن رأينا ضمن هذه الدراسة، إذا ورد على شيء محدد ومفرز، إلا أن هذا المضمون يختل نطاقه في حق الشريك المشاع في المال الشائع، حيث أن حق الشريك لا ينصب على شيء مفرز ومحدد وإنما يقع على كل ذرة من ذرات المال الشائع

^{٤٩} أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور مقال له في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة السادسة العدد الأول تحت عنوان "تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره" فقرة ٢١ ص ١٠٨-١٠٩ - خليل قدارة رسالة دكتوراه السابقة فقرة ٣٦ ص ١٣٢.

^{٥٠} أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور المقال السابق فقرة ٣٦ ص ١٣٢.

وعلى كل جزء من أجزائه، فما يكون لهذا الشريك، يكون للشركاء الآخرين في أي جزء من أجزائه، وطالما الأمر كذلك، فإن سلطات الشريك الشائع تكون مقيدة ومحدودة وقد أكدت ذلك المادة ١/٨٢٦ من القانون المدني المصري في نهايتها حيث تقول "بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء" ننتهي إلى القول بأن حق الشريك قبل القسمة، وقد عادت إليه جميع السلطات التي يخولها حق الملكية له دون قيد ما لم يكن هذا القيد راجعا إلى القانون أو الاتفاق^{٩١}.

٣- بعد إتمام عملية القسمة، تتم عملية مبادلة أجزاء المال الشائع بعضها مع بعض، وفقا لما انتهت إليه فما كان للشريك (أ) في نصيب الشريك الآخر (ب) يحصل عليها عن طريق مبادلة الشريك (ب) الأخير بما كان لهذا في نصيب الشريك الأول (أ) وهكذا. ويتم في نفس الوقت أن يسقط كل شريك حقه في نصيب الآخر، ولما كانت المبادلة طريقا من طرق نقل الحقوق من شخص إلى آخر، فإنه يترتب على ذلك، اعتبار سند القسمة السند الجديد لملكية كل شريك من الشركاء في المال الشائع بعد قسمته وهي ملكية جديدة كما سبق أن ذكرنا تختلف من حيث المضمون عما كانت عليه قبل القسمة^{٩٢}.

^{٩١} أنظر خليل قدامة رسالة دكتوراه السابق فقرة ٣٦ ص ١٣٣.

^{٩٢} ويؤكد ذلك المادة ١/٨٢٨ من القانون المدني المصري والتي تلزم الأقلية برأي الأغلبية في أعمال الإدارة المعتادة - أنظر خليل قدامة حق الملكية فقرة ٩٣. وتلزم الفقرة الثانية من نفس المادة الأقلية بالمدى الذي اختارته الأغلبية وتلزمهم بما اتفقوا عليه بالنسبة لإدارة الشيء الشائع - أنظر خليل قدامة حق الملكية فقرة ٩٤. وتؤكد ذلك أيضا المادة ١/٨٢٩ من القانون المدني المصري والتي تلزم الأقلية ببناء على رغبة من يملك ثلاثة أرباع المال الشائع بالتغيرات الأساسية في المال الشائع والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة العادية" أنظر خليل قدامة حق الملكية السابق فقرة ٩٣.

على ضوء ما سبق نقول أن أثر القسمة يعتبر في نظرنا أثرا من طبيعة ناقلة وليست كاشفة ومن ثم، يعتبر كل شريك خلفا خاصا للشريك الآخر^{٥٣}. إلا أن اعتبار أثر القسمة من طبيعة ناقلة وليست كاشفة يثير مشكلة قانونية في غاية الأهمية والخطورة، فالطبيعة الناقلة لأثر القسمة تؤدي إلى بقاء جميع التصرفات التي سبق لكل شريك أن قام بها قبل القسمة على كل جزء من الأجزاء المفترزة كلا بقدر حصته^{٥٤} والخطورة في ذلك، أن هذا الوضع سيؤدي إلى التزام كل شريك بما لم يقم فيه الأصل، الأمر الذي يتعارض مع أبسط قواعد العدالة والتي تقضي، بأنه لا يجوز إلزام الشخص بالتزامات لم يشارك بإبرام الاتفاقات التي ترتب عنها^{٥٥} فكيف يمكن أن نتلافى هذا الأثر؟؟؟. بعبارة أخرى، كيف يمكن حماية الشركاء الآخرين في الشيوع من تصرف الشريك في حصته قبل القسمة في حالة ما يكون قد رتب رهنا رسميا أو حيا زيا أو حق اختصاص^{٥٦}؟.

في نظرنا، أن قواعد انتقال الحق من شخص إلى آخر " الاستخلاف الخاص" والتي تقضي بأن الشخص لا يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك، لأن فاقده الشيء لا يعطيه، تستطيع وضع الحلول المناسبة لهذه المشكلة. ويؤدي في نفس الوقت إلى حماية

^{٥٣} أنظر خليل قدامة رسالة دكتوراه السابقة فقرة ٣٦ ص ١٣٤.

^{٥٤} وهذا ما قرره القانون الروماني، وذلك بإبقاء كل التكاليف والحقوق التي رتبها الشريك على حصته الشائعة على كل الأجزاء المفترزة كل بقدر نصيبه الذي آل إليه بعد القسمة - أنظر خليل قدامة رسالة دكتوراه السابقة ٣٦ ص ١٣٤ - عبد المنعم البراوي الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ١٦٦ ص ٢٠٥ - منصور مصطفى منصور حق الملكية السابق فقرة ٨٢ ص ٣٠٣ ومقالته السابقة فقرة ٢٩ ص ١٨٢.

^{٥٥} أنظر خليل قدامة رسالة دكتوراه السابقة ٣٦ ص ١٣٤.

^{٥٦} لكن لو قلنا بأن أثر القسمة من طبيعة كاشفة، فإن ذلك لا يكون له وجود، حيث تؤدي القسمة إلى سقوط هذه التكاليف عن الأجزاء التي آلت للشركاء وقوعها على النصيب الذي آل للشريك المتصرف - أنظر في هذا السنيهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ١٣٨ ص ٢٦٧.

الشركاء من تصرفات أحد الشركاء قبل إجراء القسمة، فالسلف (المتصرف في حصته الشائعة) لا يستطيع وفقا لقواعد الاستخلاف الخاص أن ينقل إلى خلفه الخاص إلا ما كان له قبل انتقال الحق من السلف إلى الخلف بالصفة والكيفية التي كان عليه الحق في حيازة السلف. ولقد سبق أن قلنا أن حق الشريك في المال الشائع حق موصوف (مؤقت) وإنه سيتحول من حق شائع ينبسط على كل ذرة من ذرات الشيء الشائع إلى حق ملكية مفرزة ينحصر في حدود مادية معينة من مجموع المال الشائع، ومن ثم، فإن جميع الحقوق والتكاليف التي قررها الشريك في حصته الشائعة، تعتبر كذلك حقوقا وتكاليفا موصوفة بالوصف الذي كان لحق الشريك المتصرف، وحيث أن حق الشريك كما هو معروف، سيصبح بعد القسمة، حقا مفرزا ومحددا وهو الحق الذي وردت عليه التكاليف التي سبق للشريك أن قررها قبل القسمة، فإن ذلك سيؤدي إلى انتقال هذه التكاليف إلى الحق الذي آل إليه بعد إجراء القسمة، وبهذا نكون أمام تطبيق من تطبيقات الحلول العيني^{٥٧}.

المبحث الثالث

القسمة والتسجيل

١٧- أولا : في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني :
لقد ميزت المادة ١١ من قانون الشهر العقاري^{٥٨} بين التصرفات الكاشفة والتصرفات الناقلة، فأوجب اتخاذ إجراءات التسجيل بالنسبة للتصرفات الناقلة

^{٥٧} أنظر خليل قدامة رسالة دكتوراه السابقة فقرة ٣٦ ص ١٣٥ - وأنظر كذلك منصور مصطفى منصور المقالة السابقة فقرة ٣٩ ص ١٨٢ - وقد أخذ القانون المدني المصري الحالي بهذه الفكرة في المادة ٢/١٠٣٩ وفي المادة ٢/٨٢٦. والمادة الأولى تتناول الرهن الرسمي فيما إذا أبرمه أحد الشركاء على حصته الشائعة، فإن الرهن ينتقل إلى حصته.

^{٥٨} وعلى عكس من ذلك يقضي مشروع قانون السجل العيني في مصر حيث لا يفرق بين التصرفات الكاشفة والتصرفات الناقلة من حيث وجوب التسجيل، سواء أكان ذلك بين أطرافها أم بين

لإتمام عملية نقل الملكية بين المتعاقدين وبالنسبة للغير^{٩٩} بينما لم توجب ذلك بالنسبة للتصرفات الكاشفة كعقد القسمة، حيث أن التصرف الكاشف يثبت الملكية بذاته دون حاجة لاتخاذ إجراءات التسجيل، ولو لم يكون مسجلاً^{١٠٠} لأنه لا حاجة إلى تسجيل عقد يقتصر على كشف الملكية دون أن ينقلها^{١٠١} هذا فيما بين المتعاقدين أما بالنسبة للاحتجاج بعقد القسمة في مواجهة الغير، فإن قضاء محكمة النقض المصرية جرى على وجوب تسجيل عقد القسمة^{١٠٢}.

بـ بالنسبة إلى الغير وذلك وفقاً لأحكام المادة ٢٧ من مشروع قانون السجل العيني المصري رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤. والمادة ٢٤ من القرار ١٨٩ لسنة ١٩٢٦ اللبناني وكذلك المادة ٢٦ منه - أنظر في هذا التوثيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية (على الآلة النسخة - بيروت ١٩٧٣ ص ١٩٥ - ١٩٦.

٩٩ أنظر السنيهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٨٤ ص ٩٦٧. توفيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية السابقة فقرة ١٣٨ ص ٢٦٩.

١٠٠ لذا يعتبر المتقاسم وفقاً لأحكام قانون الشهر العقاري المصري، في علاقته مع المتقاسمين الآخرين، مالكا ملكية مفرزة لنصيبه الذي آل إليه بالقسمة غير مسجلة - أنظر في هذا السنيهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٨٤ ص ٩٦٦ - وقد أكدت هذا محكمة النقض المصرية - في حكمها رقم ٨١ ص ٥٠٣ من مجموعة أحكام النقض المصرية ١٥ في ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ حيث تقول بأنه "بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم".

١٠١ أنظر في هذا السنيهوري الوسيط الجزء الثامن فقرة ٥٨٤ ص ٩٦٦.

١٠٢ أنظر نقض مدني مصري ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ - وحكم ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض المصرية ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - ومع ذلك إذا كان المتقاسم لا يحتج بالقسمة في مواجهة الغير إلا بالتسجيل، إلا أن الغير يستطيع ذلك - أنظر في هذا السنيهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة ٥٨٤ ص ٩٦٧.

ولا يختلف الحال في الأردن عنه في مصر، فالمشرع الأردني وفقا لأحكام المادة ١٠٣٨ من القانون المدني الأردني يعتبر القسمة من التصرفات الكاشفة وليست من التصرفات الناقلة.

١٨- ثانيا : في المجلة العدلية :

لقد انتهينا إلى أن المجلة العدلية تعتبر أثر القسمة وفقا لأحكام المادة ١١١٦ منها أثرا ناقلا لا كاشفا، حيث تقوم القسمة على أساس الإفراز والمبادلة، ومن ثم، فالقسمة تعتبر وفقا لأحكام المجلة العدلية من قبيل التصرفات الناقلة للملكية، الأمر الذي يوجب تسجيل عقد القسمة لانتقال الملكية فيما تناوله بين المتقاسمين - ويعتبر رأي المجلة العدلية متطابقا وما اتجهنا في ترجيحه بالنسبة لطبيعة أثر القسمة بصفة عامة.

١٩- رأينا في التسجيل بصفة عامة :

وإذا كانت لنا كلمة أخيرة، فإننا لسنا مع وقف الأثر الناقل للتصرفات الناقلة على اتخاذ إجراءات التسجيل، وإنما نحن مع إعطاء هذه التصرفات (كالبيع على سبيل المثال) دورها الكامل بنقل الملكية، وذلك وفقا لما جرى عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، والقانون المدني الفرنسي بالنسبة للمتعاقدين^{٦٣} حيث يقول صاحب البدائع من الفقه الحنفي في هذا الخصوص "وأما بيان صفة الحكم فله صفتان ... الثانية الحلول، وهو ثبوت الملك في البديلين للحال. لأنه تملك بتمليك... الخ"^{٦٤} وقد كان

^{٦٣} أنظر عبد المنعم البدر اوي أصول القانون المدني المقارن طبعة ثانية ١٩٧٠. السنهوري، الوسيط الجزء المرجع السابق فقرة ٢٣٣ ص ٤١١ وما بعدها - أنظر مازو في القانون المدني الفرنسي فقرة ١٦١٥ - سليمان مرقس شرح القانون المدني الجزء الثالث العقود المسماة المجلد الأول عقد البيع طبعة رابعة ١٩٨٠ فقرة ١٥٧ ص ٢٧٢ وما بعدها - سمير عبد السيد تناغو عقد البيع طبعة ١٩٧٣ فقرة ٣٢ ص ١١٤ وما بعدها.

^{٦٤} أنظر البدائع الجزء الخامس ص ٢٤٣.

من آثار هذا الاتجاه أن المشتري يستطيع التصرف في المبيع بمجرد البيع حتى قبل القبض، ويستوي أن يكون المبيع منقولاً أم عقاراً في ظل الفقه المالكي^{١٥} بينما يفرق الأحناف بالنسبة لحق المشتري في التصرف بالمبيع بعد إبرام العقد مباشرة، بين المنقول والعقار، ففي المنقول لا يجوز التصرف فيه بمجرد إبرام العقد وإنما يشترط لصحة ذلك أن يتم المشتري قبضه للمنقول خشية وقوع المشتري الثاني بالغرر، وذلك لأن المنقول قد يهلك قبل قبضه، بينما ينعدم احتمال ذلك في العقار، لذا فإنهم يجيزون التصرف فيه بمجرد انعقاد العقد وقبل القبض^{١٦} وهذا ما جرى عليه الحال وفقاً لأحكام المجلة العدلية حيث تقرر المادة ٢٥٣ منها بأن "للمشتري أن يبيع المبيع من آخر قبل قبضه إن كان عقاراً، وإن كان منقولاً فلا ... الخ" ولا عجب من اتباع المجلة العدلية بما أخذ به المذهب الحنفي، فالمجلة مأخوذة عنه بالكامل كما سبق التنويه عن ذلك ضمن هذا البحث.

^{١٥} أنظر بداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني ص ١٢٥.

^{١٦} أنظر البدائع الجزء الخامس ص ٢٤٣ وما بعدها. بينما يذهب والحنابلة إلى عدم جواز التصرف في العقار المنقول على السواء بمجرد إبرام عقد البيع وإنما بعد إتمام عملية القبض في كل منهما. وأنظر في الفقه الشافعي الأم للإمام الشافعي جزء ٣ ص ٦٠. وفي الفقه الحنبلي ابن تيمية الفتاوى جزء ٤ ص ٧٤ وص ٥٣. المفردة، أما المادة الثانية فقد أقرت بأنه إذا تصرف أحد الشركاء في حصة مفرزة من الشيء، ثم ظهر بعد إجراء القسمة بأن الجزء الذي تصرف فيه ليس هو الجزء الذي له بعد إجراء القسمة فإن حق المتصرف إليه ينتقل إلى حق الشريك المفرز بعد إجراء القسمة، وهكذا يمكن إجراء حكم هذه التصرفات بالنسبة للتصرفات الأخرى التي يجريها قبل القسمة، وليس هناك من ضرر يقع على الشركاء الآخرين من جراء هذا أما بالنسبة للتصرفات التي أبرمت باتفاق الشركاء. فال مناص من الإبقاء عليها على جميع الحصص وذلك لأن كل منهم يعرف بأن الحق سيؤول إليه في النهاية (بعد القسمة) مفرزاً ومحدداً - أنظر في هذا هامش رقم ٢ ص ١٣٥ و ١٣٦ من رسالة الدكتوراه خليل قدارة .

وبهذا يكون الفقه الإسلامي قد تجاوز الحدود التي وصل إليها المشرع الفرنسي من حيث الدور الذي يعطيه كل منهما للتصرفات الناقلة للملكية، فبينما ينحصر دور عقد البيع على سبيل المثال بنقل الملكية بمجرد إبرام العقد بالنسبة للمنقولات والعقارات بين المتعاقدين في القانون المدني الفرنسي، دون الغير الذي يوجب المشرع الفرنسي تسجيل التصرفات الناقلة للملكية وذلك للاحتجاج بها في مواجهته، فإن الفقه الإسلامي في غالبية يعطي عقد البيع الدور الكامل بنقل الملكية بمجرد انعقاد العقد سواء بالنسبة للعقار والمنقول، سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، أما شرط القبض الذي يتطلبه الأحناف بالنسبة للمنقول فلا يعيق هذا الدور الذي يلعبه عقد البيع حيث أنه من الواضح أن شرط القبض ليس شرطاً أو ركناً في عقد البيع، وإنما هو شرط لصحة التصرف في المنقول.

لذا نقول : طالما الأمر كذلك، ونحن مقبلون على وضع المجموعة المدنية الفلسطينية الجديدة بإذن الله تعالى، علينا أن نستلهم الكثير من فقهاء الإسلام العتيد ومن المجلة العدلية، وعلى وجه الخصوص دور التسجيل حينئذ يختلف عما هو قائم بالفعل، سواء في مصر أو فرنسا بالنسبة للغير. وفي فلسطين والأردن كما هو الحال في مصر. حيث يكون دوره إشهار التصرفات الواردة على العقارات والحقوق العينية لا نقل الملكية.

الخاتمة

تقوم القسمة الاتفاقية للمال الشائع على أساس رضا جميع الشركاء الذي تعود ملكية المال الشائع لهم. وتتم القسمة حتى بغياب أحد الشركاء وفي حالة وجود قاصر بين الشركاء وفقاً للرأي الذي رجحناه وكذلك في حالة عدم وجود من ينوب عن القاصر حيث تتولى المحكمة (القاضي) ذلك.

والقسمة الاتفاقية كعقد من العقود، يجعلها تتعرض للطعن من وجوه عديدة وعلى وجه الخصوص إذا لحق إرادة أحد الشركاء عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو

الإكراه أو التدليس أو الغبن، ويعتبر عيب الغبن أهم سبب من أسباب وجوه الطعن في القسمة على أساس كثرة وقوع الشركاء المتقاسمين في أن يحصل أحدهم أو أكثر على أقل من قيمة نصيبه الشرعي في مجموع المال الشائع. والطعن بالقسمة بالغبن ينحصر فقط وفقاً لما انتهينا إليه بالقسمة الاتفاقية، حيث من المفروض أن القسمة القضائية لا تقع إلا حيث تكون كل الاحتياطات قد اتخذت من جانب المحكمة لكي يحصل كل شريك على نصيبه الشرعي بالكامل.

فإذا ما انتهت عملية القسمة وحصل كل شريك على نصيبه يثور السؤال حول طبيعة أثر قسمة المال الشائع، وقد رأينا أن هناك ثلاثة آراء، رأي يذهب إلى اعتبار القسمة كاشفة وليست ناقلة، وهذا هو رأي القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، بينما يذهب رأي آخر إلى اعتبار القسمة ناقلة وليست كاشفة وهذا هو رأي المجلة العدلية والفقه الإسلامي ورأي جانب من الفقه المصري. ويذهب رأي آخر إلى أن الأصل في أثر القسمة بأنه ناقل، ولكن لأن القانون اعتبره كاشفاً فهو كذلك.

وقد رجحنا من هذه الآراء الرأي القائل بأن أثر القسمة ناقل للملكية وليس كاشفاً على أساس أن القسمة تقوم على مبدأ الإفراز والمبادلة كما رجحت ذلك المجلة العدلية، ولطبيعة حق الشريك الشائع على حصته الشائعة قبل الإفراز بأنه حق ملكية موصوف ينقضي هذا الحق بالقسمة ويحل محله حق مفرز ومؤبد، ولأن حق كل شريك لا ينصب على جزء معين من المال الشائع قبل القسمة، لذا فإنه إذا وقعت القسمة تجري مبادلة حق كل شريك بما له من حق الشريك الآخر وهكذا، ولما كانت المبادلة طريقاً من طرق نقل الحقوق فإن ذلك يؤدي إلى إيجاد سند جديد لملكية كل شريك من الشركاء وهي ملكية جديدة تختلف عن ملكية الشريك قبل القسمة من حيث المضمون.

إلا أن اعتبار أثر القسمة ناقلاً يؤدي إلى وضع قانوني في غاية الخطورة ويتمثل في مصير التصرفات القانونية التي يكون كل شريك قد قام بها على حصته الشائعة قبل القسمة، إلا أن ذلك يمكن إنهاؤه عن طريق قواعد انتقال الحقوق من شخص إلى آخر، أي قواعد الاستخلاف الخاص، والتي تقتضي بأن الشخص لا يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك لأن فاقده الشيء لا يعطيه، ومن ثم، إذا كان أحد الشركاء قد رهن أو باع حصته أو قرر عليها حق إرتفاق ثم آلت إلى الشريك حصة أخرى، فإن ما قام به هذا الشريك يتحول إلى حصته التي آلت إليه عن طريق الحلول العيني.

وحيث انتهينا إلى أن القسمة من العقود الناقلة للملكية، فإنه يوجب تسجيل عقد القسمة لإتمام الأثر الناقل لها فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير. على أننا نؤكد ما اتجهنا إليه في نهاية البحث إلى وجوب إعطاء عقد البيع باعتباره من التصرفات الناقلة للملكية على سبيل المثال الدور الكامل بنقل الملكية دون وقف هذا الأثر على اتخاذ إجراءات التسجيل وذلك اقتداء بما أخذ به الفقه الإسلامي والمجلة العدلية، ليصبح دور التسجيل ليس نقل الملكية وإنما إشهار وإعلان التصرفات التي ترد على العقارات والحقوق العينية سواء بالنسبة للمتعاقدين والغير على سواء فقط.